

LA RESTRICTION DU RECOURS À L'ARBITRAGE
DANS LA NOUVELLE RÉGLEMENTATION DE LA
COMMANDE PUBLIQUE AU TOGO

Par

Ayélé GBADOE-DECKON

Avocate au Barreau du Togo, Cabinet AG Legal
Arbitre, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye

Email : graciasg@yahoo.fr

Et

Têko Seyram AMENYINU

Avocat au Barreau du Togo, Regional Legal Counsel
Représentant de l'UNIDA/ohada.com au Togo, 2e Vice-Président du CIGHO

Email : seyram1@gmail.com

L'arbitrabilité des litiges mettant en conflit les personnes morales de droit public avec des investisseurs privés est une réalité bien admise¹. Au commencement toutefois, il était interdit aux personnes morales de droit public de recourir à ce procédé de règlement des litiges². Puis est né le besoin de voir autrement. La soumission de ces conflits aux juridictions étatiques n'était pas toujours de nature à rassurer les investisseurs. Ceci partait du postulat suivant : seul un tiers n'ayant aucun ancrage étatique ni aucun lien avec l'investisseur serait en mesure de régler de façon neutre et impartiale ce type de conflit³.

Cette réalité arbitrale entre personnes publiques et personnes privées est donc aujourd'hui largement acceptée. On en veut notamment pour preuve le code des investissements du 17 juin 2019 qui en son article 7 prévoit le recours à l'arbitrage comme mode de règlement de tout différend entre l'entreprise ou l'investisseur et l'État togolais⁴. Cette disposition fait écho à l'article 2 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'arbitrage du 23 novembre 2017 qui affirme que « *les États, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* ». Droit commun de l'arbitrage dans les pays de l'espace OHADA, dont le Togo, l'Acte uniforme consacre clairement l'arbitrabilité des litiges opposant l'État avec un investisseur ou tout opérateur économique. Pourtant, il semble que le législateur togolais ait voulu restreindre cette arbitrabilité dans le domaine de la commande publique qui vient de faire peau neuve.

¹ V. entre autres : P. JEANET, *L'arbitrage impliquant les personnes publiques : tendances et perspectives*, Mémoire, Montréal, Mars 2015 ; O. CUPERLIER, « Arbitrage et personnes publiques », Ohadata D-13-65 ; Carl MBENG, « Challenges and prospects for Investor-State arbitration under OHADA law », Ohadata D-16-03 ; J.-M. SAUVE, « L'arbitrage et les personnes morales de droit public », [L'arbitrage et les personnes morales de droit public \(conseil-etat.fr\)](http://www.conseil-etat.fr), publié le 13 octobre 2009, consulté le 8 février 2022.

² La doctrine relève que « *l'objectif principal de cette interdiction était de ne pas vider les juridictions nationales de leur compétence classiquement consacrée par les textes constitutionnels et législatifs et surtout de ne pas affecter la confiance en la justice de l'État* », B. DRAME, *Droit comparé de la commande publique au sein de l'UEMOA*, éd. L'Harmattan, 2021, p. 350.

³ Comme le relève O. CUPERLIER, « *s'il peut paraître de prime abord surprenant qu'un État puisse s'en remettre à des personnes privées pour régler son différend, il est sans doute encore plus délicat pour lui d'aller plaider devant une juridiction étatique étrangère ; inversement, on peut aisément comprendre qu'un investisseur étranger sera très réticent à l'idée d'avoir à défendre ses intérêts devant les juridictions de l'État avec lequel il est en conflit... L'arbitrage apparaît dès lors comme le seul lieu possible de confrontation totalement neutre et, parce qu'il n'appartient pas à un ordre juridique étatique, en mesure de façonner des règles de procédure empruntant à diverses cultures juridiques de sorte qu'aucune partie ne s'y sente étrangère* », in « Arbitrage OHADA et personnes publiques », Ohadata D-13-65.

⁴ Le code des investissements évoque entre autres la possibilité de s'adresser à la Cour d'arbitrage du Togo (CATO), à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA ou encore au Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

En effet, par deux lois votées le 31 décembre 2021, le législateur togolais a rénové le cadre juridique des marchés publics⁵ et celui des contrats de partenariat public privé⁶. D'après l'article 1^{er} de la loi relative aux marchés publics, le marché public est « *un contrat écrit, sur support papier ou électronique, conclu par une ou plusieurs autorités contractantes avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix* »⁷. Quant au contrat de partenariat public-privé, il est défini comme un contrat administratif, écrit, conclu à titre onéreux par lequel une autorité contractante confie à un ou plusieurs opérateurs économiques, pour une durée déterminée, une mission globale⁸ ayant pour objet de manière cumulative ou alternative un certain nombre d'opérations telles que la gestion ou l'exploitation d'un service public, d'un service d'intérêt général, d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments⁹. Il est généralement convenu d'englober les contrats de marchés publics et les partenariats publics privés sous l'appellation de commande publique¹⁰. La réglementation de ces matières s'inscrit dans la dynamique d'attraction des investissements prônée par l'État togolais depuis quelques années¹¹. D'après l'exposé des motifs de la loi sur les PPP notamment : « *ce nouveau dispositif a vocation à favoriser la mise en œuvre de la feuille de route en facilitant l'investissement privé et en optimisant la dépense publique pour développer les infrastructures dans les secteurs stratégiques de l'économie nationale* »¹². La stratégie d'ensemble est relativement simple : créer un cadre propice à attirer les investisseurs et améliorer ainsi le climat des affaires au Togo. Or, l'investisseur privé à une tendance

⁵ Loi n°2021-033 relative aux marchés publics du 31 décembre 2021.

⁶ Loi n°2021-034 relative aux contrats de partenariat public-privé du 31 décembre 2021.

⁷ M. I. NDIAYE note que « *le "partenariat" entre le secteur public et le secteur privé qu'on peut déceler dans ce type de contrat est constitué par la rencontre de deux engagements : d'une part, celui du secteur privé incarné par le titulaire du marché qui doit exécuter les prestations, et, d'autre part, celui du secteur public, notamment l'Autorité contractante qui, en contrepartie, verse à celui-ci une rémunération sous forme de "prix". C'est un partenariat ponctuel au cœur duquel se trouve une mission d'intérêt général.* », in *Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal*, éd. L'Harmattan, 2015, n° 2, p. 15.

⁸ Cette globalité constitue l'un des intérêts majeurs des contrats de partenariat public-privé qui sont également des contrats d'une durée assez longue, I. NDIAYE, op. cit. n°4, p. 16.

⁹ Article 2 de la loi n°2021-034.

¹⁰ C'est l'option retenue par le législateur togolais qui définit la commande publique comme l'« *ensemble des contrats conclus, à titre onéreux, dans le cadre des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé permettant aux autorités contractantes de répondre à leurs besoins en fournitures, travaux et services* ». (articles 1^{er} de la loi n°2021-033 et 2 de la loi n°2021-034.) Plus sobrement, le législateur de la RDC définit la commande publique comme « *tout contrat passé par une personne publique pour la satisfaction de ses besoins préalablement définis* » (article 6 de la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 de la loi relative au partenariat public-privé en RDC).

¹¹ Les discours en filigrane des récents projets de développement tournent presque tous autour de la promotion de l'investissement. On pourra citer l'exemple du Plan national de Développement 2018-2022 (PND) qui vise à transformer structurellement l'économie togolaise et à sa suite de la feuille de route 2020-2025.

¹² V. TOMEGA-DOGBE, « Exposé des motifs du projet de loi relatif aux contrats de partenariats publics privés », 22 septembre 2021.

naturelle à anticiper toute difficulté éventuelle dans la défense de ses intérêts. Ainsi, est-il fréquent d'envisager le règlement de litiges lors de la rédaction des contrats. Parmi les modes de règlement ayant la faveur des investisseurs, l'arbitrage occupe justement une place de choix. Mais les textes régissant dorénavant la commande publique au Togo semblent percevoir ce procédé avec une certaine réticence. En effet, d'après l'article 45 alinéa 2 de la loi relative aux marchés publics, « *le recours à l'arbitrage est interdit sauf lorsqu'il résulte d'obligations spécifiées dans les conventions de financement extérieur* ». Quant à la loi sur les contrats de partenariat public-privé, il ressort de son article 66 alinéa 2 que « *le recours à l'arbitrage est possible sauf pour les contrats de gérance et de régie intéressée qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal compétent en matière administrative* ». Ainsi, la loi sur les marchés publics pose le principe de l'interdiction de l'arbitrage sauf circonstances particulières tandis que la loi sur les partenariats publics-privés l'exclut dans certains domaines. Ce choix du législateur togolais a véritablement de quoi surprendre. Il constitue un véritable rétropédalage par rapport à l'ancienne législation sur la commande publique au Togo¹³. Ce choix installe aussi une dysharmonie entre ces deux nouveaux textes et ceux déjà existants, notamment le code des investissements du 17 juin 2019. Surtout, il est à regretter une entorse à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui, tout comme tout autre Acte uniforme, s'applique directement dans l'ordonnement juridique interne¹⁴. En interrogeant le droit comparé, il est à remarquer que le législateur togolais s'isole de ses pairs de l'UEMOA. Que ce soit au Bénin¹⁵,

¹³ L'article 26 de la loi n°2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public laissait la latitude aux parties de soumettre leurs différends « *aux juridictions compétentes telles que désignées dans le corps de ces contrats* ». Cette disposition était à compléter avec l'article 130 du décret n°2009/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégation des de services publics qui prévoyait que : « *tout différend qui n'aura pas été réglé à l'amiable dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date d'introduction du recours, sera porté, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables, devant les juridictions ou les instances arbitrales compétentes* ».

¹⁴ Article 10 du traité de l'OHADA : « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ».

¹⁵ Article 75 al. 2 de la loi n° 2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin : « *en cas d'échec du règlement amiable, les litiges nés à l'occasion du contrat de partenariat public privé sont réglés prioritairement par la procédure arbitrale* ».

au Burkina Faso¹⁶, en Côte d'Ivoire¹⁷ au Mali¹⁸ ou encore au Sénégal¹⁹, le recours à l'arbitrage est admis sans aucun obstacle dans le domaine de la commande publique. Il se pose alors la question de savoir ce qui a pu justifier un tel choix ? Pourquoi revenir sur l'admission de principe de l'arbitrage alors que ce procédé est largement admis en la matière ? On objectera sans doute que le législateur togolais n'a pas consacré une interdiction absolue, mais il n'en demeure pas moins que son approche suscite des réserves. Le législateur togolais a entendu faire de ces deux textes des instruments de promotion de l'investissement privé. Il est donc paradoxal qu'il restreigne ensuite le recours à un mode de règlement des litiges qui a justement les faveurs des investisseurs et des opérateurs économiques.

Après avoir relevé le contenu de cette curieuse restriction (I), il sera démontré que ce choix du législateur togolais remet en cause la tendance législative interne et les textes de l'OHADA (II).

I – Le contenu de la restriction du recours à l'arbitrage dans le nouveau droit de la commande publique au Togo

Dans un cas, le législateur dit que l'arbitrage est en principe interdit. Dans l'autre, il le dit possible. Mais en réalité, il limite bien le recours à ce mode de règlement des litiges dans les deux textes de loi. Il y a donc lieu de voir la limitation du recours à l'arbitrage dans les marchés publics (A) ainsi que dans les partenariats public-privé (B).

A – La limitation du recours à l'arbitrage dans les marchés publics

L'article 45 en son deuxième alinéa dispose que « *le recours à l'arbitrage est interdit sauf lorsqu'il résulte d'obligations spécifiées dans les conventions de financement extérieur* ». Le législateur pose ainsi le principe de l'interdiction de l'arbitrage. En se référant à l'ancienne législation, le recours à l'arbitrage était aisément admis. Il ressortait en effet de l'article 26 de la loi n°2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public

¹⁶ Art 61. al 3 de la loi n°032-21/AN du 25 juin 2021 portant cadre juridique et institutionnel du partenariat public-privé au Burkina Faso : « *A défaut d'un règlement amiable, le litige peut être soumis à la juridiction nationale compétente, ou à un tribunal arbitral dans les conditions prévues par l'acte uniforme relatif à l'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ou à tout autre arbitrage international* ».

¹⁷ Art 33 al 3 du décret n°2018-358 du 29 mars 2018 déterminant les règles relatives aux contrats de partenariat public-privé en Côte d'Ivoire « *tout différend entre l'autorité contractante et l'opérateur économique est régié conformément aux mécanismes de règlement des différends, tels que convenus par les parties dans les contrats de PPP* »

¹⁸ Art 39 III de la loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 relative aux partenariats public-privé au Mali : « *en cas d'échec de la procédure de conciliation, le litige peut être soumis à la juridiction nationale compétente, ou à un tribunal arbitral dans les conditions prévues par l'Acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage, ou à tout autre arbitrage international, à condition qu'une clause compromissoire ait été expressément prévue dans le contrat* ».

¹⁹ Article 52 de la loi n°2021-01 du 22 février 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé au Sénégal : « *en cas d'échec de la tentative de règlement amiable du différend, le litige sera résolu par voie d'arbitrage ou par voie judiciaire conformément aux stipulations contractuelles* ».

que la latitude était laissée aux parties de soumettre leurs différends « *aux juridictions compétentes telles que désignées dans le corps de ces contrats* ». Cette disposition était à compléter avec l'article 130 du décret n°2009/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégation de services publics qui prévoyait que : « *tout différend qui n'aura pas été réglé à l'amiable dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date d'introduction du recours, sera porté, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables, devant les juridictions ou les instances arbitrales compétentes* ». La latitude était donc clairement laissée aux parties de recourir au mode de règlement des conflits qu'il leur semblait le plus approprié. Ce faisant, le législateur se montrait plutôt favorable à la liberté contractuelle. Le domaine des marchés publics, et de façon générale celui de la commande publique, faisant appel aux vertus de la technique contractuelle, il paraissait donc logique de laisser les parties déterminer le mode de règlement de litiges le plus convenable à l'opération envisagée.

Le revirement opéré par la loi n° 2021-033 du 31 décembre 2021 paraît donc assez surprenant. Le législateur ouvre tout simplement la voie à la possibilité de recourir à un arbitrage si ledit arbitrage résulte « *d'obligations spécifiées dans les conventions de financement extérieur* ». Que faut-il entendre alors par convention de financement extérieur ? L'expression n'y est pas définie. On peut toutefois supposer qu'il s'agit des contrats de marchés publics faisant appel à des fonds externes à l'État. Le droit comparé nous renseigne ici utilement. D'après l'article 2 de l'arrêté portant dispositions particulières applicables aux marchés publics à financement extérieur en République Démocratique du Congo²⁰, « *par marché public à financement extérieur, il faut entendre tout marché public de travaux, de fournitures ou de services, financé en partie ou en totalité par les ressources d'emprunts ou de dons extérieurs obtenues par l'État, les collectivités locales et les établissements publics, quels qu'en soient le montant, la nature ou la procédure de passation* ». En faisant donc le parallèle avec cette disposition, on peut retenir que le législateur envisage bien par « *conventions de financement extérieur* », les marchés publics qui font appel à des ressources externes à l'État.

Ceci revient alors à dire que si le recours à l'arbitrage est une exigence de cette convention de financement extérieur, il pourra être admis. En d'autres termes, l'Autorité contractante ne pourra pas opposer le droit national pour se soustraire au recours à l'arbitrage dans le cadre d'un marché public conclu à l'aide d'un financement externe. A contrario, l'arbitrage demeure donc interdit seulement dans les contrats de marchés publics conclus sur

²⁰ Arrêté ministériel n°076/CAB/MIN/FINANCES/2012 DU 13 janvier 2012 portant dispositions particulières applicables aux marchés publics à financement extérieur en RDC.

le territoire togolais faisant appel à des fonds locaux. Le choix nous paraît tout à la fois curieux et discriminatoire. Curieux en ce qu'il est difficile de comprendre pourquoi un arbitrage ne serait pas possible si le marché public est financé localement. Rien ne paraît justifier qu'un marché public conclu sans ressources externes ne puisse faire l'objet d'un arbitrage. En procédant ainsi, le législateur crée une situation défavorable aux potentiels investisseurs locaux. L'approche est donc également discriminatoire en ce qu'elle réduit la panoplie de recours possibles pour les investisseurs nationaux au profit des investisseurs étrangers. Sans doute motivé par des considérations de réalisme économique, ce choix ne contribue toutefois pas à l'essor du financement local. Cette discrimination ne peut qu'être mal ressentie par les opérateurs économiques locaux.

La limitation du recours à l'arbitrage est également présente dans les partenariats public-privé, mais dans un contexte différent.

B – La limitation du recours à l'arbitrage dans les partenariats public-privé

D'après l'article 66 al. 2 de la loi sur les PPP, « *le recours à l'arbitrage est possible sauf pour les contrats de gérance et de régie intéressée qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal compétent statuant en matière administrative* ». Ici, le législateur part plutôt d'une possibilité et non d'une interdiction de principe comme dans les marchés publics. Il exclut cependant l'arbitrage de deux types de contrats que sont les contrats de gérance et la régie intéressée.

La régie intéressée est définie par l'article 2 de la loi n°034-2021 comme « *le partenariat public-privé à paiement par les usagers selon lequel une autorité contractante confie, au titulaire, l'exploitation d'un service public lié ou non à un ouvrage existant. Le titulaire bénéficie d'un mandat de l'autorité contractante pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par les usagers* ». Quant au contrat de gérance, le législateur n'en fournit pas de définition. La doctrine retient qu'elle est un mode de délégation de service public au même titre que la régie intéressée entre autres²¹. Il s'agit d'un « *contrat par lequel la collectivité publique confie à un tiers de droit public ou privé la gestion et l'entretien d'un service. Celui-ci exploite le service pour le compte de la collectivité, qui assure l'intégralité des dépenses et recueille la totalité des recettes du service. Il agit en tant qu'agent public ou mandataire de la collectivité qui conserve la direction du service* »²². La différence entre la

²¹ I. NDIAYE, *op. cit.*, n°3, p. 15.

²² [La gérance - Préfecture des Hautes-Pyrénées \(hautes-pyrenees.gouv.fr\)](http://www.hautes-pyrenees.gouv.fr)

gérance et la régie intéressée réside dans la fixation des tarifs qui relève de la compétence exclusive de la collectivité publique dans le cadre de la gérance²³.

L'exclusion de l'arbitrage dans ces deux types de PPP s'expliquerait par la nature purement administrative de l'opération. Les deux opérations ici exclues du champ de l'arbitrage partagent le principe de la gestion d'un service public confiée à une personne privée. Que ce soit par la gérance ou par la régie intéressée, l'État ou la collectivité publique délègue la gestion d'un service public à une personne de droit privé sous réserve du respect de certaines conditions. L'État agit donc en tant que mandant. Ce qui expliquerait donc cette exclusion, le juge naturel des conflits liés aux services publics étant le juge administratif. L'exclusion de l'arbitrage semble donc liée à une certaine volonté du législateur de faire en sorte que l'État garde la maîtrise du contentieux. Si tel est le cas, il y a encore lieu de regretter cette défiance. Par ailleurs, le litige arbitral ne met pas forcément en jeu le service public en lui-même.

Qu'il plus est, en l'état actuel, il n'existe pas encore de Tribunal compétent statuant en matière administrative au Togo. Il est vrai que le code de l'organisation judiciaire du 30 octobre 2019 prévoit la création de Tribunaux de grande instance qui comporteront notamment « *une ou plusieurs chambres administratives* »²⁴. D'après l'article 75 du même code « *le tribunal de grande instance est juge de droit commun en matière pénale, civile et administrative* »²⁵. L'article 81 vient à son tour préciser que « *les litiges relatifs aux marchés publics et délégations de service public relèvent de la compétence de la chambre administrative dans le ressort duquel ces marchés et délégations de service public sont exécutés* ». Mais en l'état actuel du droit positif togolais, les tribunaux de grande instance ne sont pas encore opérationnels²⁶. L'exclusion du recours à l'arbitrage dans les contrats de gérance et de régie intéressée met donc en relief l'ineffectivité de ces dispositions. Le maintien du recours à l'arbitrage aurait plutôt offert une alternative sérieuse aux parties.

En somme, la restriction du recours à l'arbitrage semble laisser transparaître une certaine méfiance du législateur togolais envers l'arbitrage. C'est aller à contre-courant et c'est tout l'ordonnement juridique sur la question qui est ainsi remis en cause.

²³ Selon une circulaire du 13 décembre 1975, bien que « *fondé sur les mêmes bases que le contrat de régie intéressée, le contrat de gérance s'en distingue dans la mesure où la collectivité décide seule de la fixation des tarifs. La collectivité conserve les bénéfices ou, en cas de déficit, rembourse celui-ci au gérant qui perçoit une rémunération forfaitaire* ». ([La gérance - Préfecture des Hautes-Pyrénées \(hautes-pyrenees.gouv.fr\)](http://hautes-pyrenees.gouv.fr))

²⁴ Art 71 du code de l'organisation judiciaire du 30 octobre 2019.

²⁵ C'est nous qui soulignons.

²⁶ Le contentieux administratif relève actuellement en premier ressort de la compétence de la chambre administrative de la Cour d'Appel.

II - La contrariété des nouvelles lois sur la commande publique à la tendance législative interne togolaise et aux textes de l'OHADA

Avant l'adoption des nouvelles lois togolaises relatives à la commande publique, le corpus législatif togolais en ce qui concerne l'arbitrage semblait plus ou moins cohérent et lisible²⁷. Les restrictions prévues par les nouvelles lois en ce qui concerne le recours à l'arbitrage entraînent une dysharmonie avec la tendance législative interne (A) et une contrariété aux textes de l'OHADA (B).

A – La dysharmonie des nouvelles lois sur la commande publique avec la tendance législative interne

À l'instar des autres pays africains soucieux d'attirer les investisseurs étrangers, le Togo a opté assez tôt pour le règlement des litiges civils, commerciaux ou sociaux par la conciliation ou l'arbitrage. Ainsi, par une loi N°89-31 du 28 novembre 1989, le législateur togolais a institué une cour d'arbitrage indépendante auprès de la chambre de commerce, d'agriculture et d'industrie du Togo.²⁸ Cette loi précisait à l'article 2 que « *la cour d'arbitrage a pour attribution de régler par voie de conciliation ou d'arbitrage conformément aux dispositions de la présente loi, les différends à caractère interne ou international, en matière commerciale, civile et sociale* ».

Cette tendance s'est confirmée quelques années plus tard en matière commerciale avec l'adoption de la loi n° 2018-028 du 10 décembre 2018 instituant les juridictions commerciales en République togolaise et celle n° 2020-002 du 07 janvier 2020 modifiant la précédente²⁹. En effet, ces lois ont prévu dès la première audience, une instruction préparatoire au cours de laquelle le juge rappelle aux parties la possibilité qu'elles ont de recourir à l'arbitrage en renvoyant le cas échéant à la juridiction arbitrale si les parties en conviennent. En ce sens, il est prévu que les parties litigantes se feront restituer la moitié des frais d'enrôlement lorsqu'elles optent pour ce mode de règlement de litige³⁰.

²⁷ D'une part, l'analyse des lois internes fait ressortir une tendance favorable à l'arbitrage et aux modes alternatifs de règlement des litiges. D'autre part, le Traité de l'OHADA ainsi que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, textes applicables au Togo confortaient cette vision.

²⁸ Loi N°89-31 du 28 novembre 1989 instituant une cour d'arbitrage, Journal Officiel de la République Togolaise, n° spécial du 10 janvier 1990, 35^e année N°1 bis.

²⁹ Loi n° 2018-028 du 10 décembre 2018 instituant les juridictions commerciales en République togolaise, Journal Officiel de la République Togolaise du 10 décembre 2018, n° spécial, 63^{ème} année N°24 ; Loi n° 2020-002 du 07 janvier 2020 portant modification de la loi n° 2018-028 du 10 décembre 2018 instituant les juridictions commerciales en République togolaise, Journal Officiel de la République Togolaise du 7 janvier 2020, n° spécial, 65^{ème} année N°1 bis.

³⁰ Arrêté N°317/MEF/SG/DGTCP/DELFiC/2019 du 28 octobre 2019.

Cette tendance favorable à l'arbitrage a été réaffirmée en matière d'investissement. En effet, l'article 7 de la loi N°2019-05 du 17 juin 2019 portant code des investissements en République togolaise³¹ dispose que «*Tout différend entre l'entreprise ou l'investisseur et l'État togolais relatif à l'interprétation ou à l'application du présent code fait l'objet d'un règlement à l'amiable entre les parties.*

À défaut d'accord amiable à l'issue d'une période maximale de six (6) mois, le différend est réglé par les juridictions togolaises ou communautaires compétentes conformément aux lois et règlements en vigueur.

Le différend peut être soumis à l'arbitrage par accord des parties.

Le recours à l'arbitrage se fait suivant l'une des procédures ci-après :

- a) La procédure d'arbitrage prévue par la Cour d'arbitrage du Togo (CATO) ;*
- b) La procédure d'arbitrage prévue par le règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (CCJA de l'OHADA) ;*
- c) La procédure d'arbitrage prévue par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA ;*
- d) La procédure d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ;*
- e) Toute autre procédure d'arbitrage de leur choix ou qui aurait été expressément prévue soit dans un contrat en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, soit en vertu des accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République togolaise et l'État dont la personne physique ou morale étrangère concernée contrôlant la société de droit togolais réalisant l'investissement est ressortissante ».*

Dans la même optique, l'article 8 de cette loi relative aux investissements prévoit que « *les personnes physiques ou morales étrangères participant au capital et à la gestion d'une société de droit togolais peuvent avoir recours au centre d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA pour le règlement des différends visés à l'alinéa 1 de l'article 7* ».

Cette tendance législative était d'ailleurs déjà bien présente dans les matières relevant de la commande publique. Ainsi, le décret N°2009 - 277 /PR portant Code des marchés publics et délégations de service public du TOGO, en application de la loi N° 2009- 013 relative aux

³¹Loi N°2019-05 du 17 juin 2019 portant code des investissements en République togolaise, Journal Officiel de la République togolaise du 17 juin 2019, n° spécial, 64^e année N°14 quarto.

marchés publics et délégations de service public avait intégré l'arbitrage comme mode de règlement des litiges en ces termes : «*Tout différend qui n'aura pas été réglé amiablement dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date d'introduction du recours, sera porté, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables, devant les juridictions ou les instances arbitrales compétentes* ». De même, l'ancienne loi n°2014-014 du 22 octobre 2014 portant modernisation de l'action publique de l'État en faveur de l'économie, laquelle régissait les partenariats public-privé indiquait en son article 21 que le contrat de partenariat doit contenir des clauses relatives aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à la procédure d'arbitrage. Il est important de souligner que ce texte, tout en définissant le contrat de partenariat comme un contrat administratif n'avait nullement interdit l'insertion des clauses d'arbitrage. Le rappel de la tendance législative favorable jusque-là à l'arbitrage est nécessaire pour souligner la dysharmonie entre l'existant et les lois de 2021 relatives à la commande publique. Il en ressort une vision floue de la volonté du législateur de promouvoir ou non l'arbitrage comme un mode de règlement privilégié des litiges commerciaux ou d'investissement. En ce sens, il faut relever qu'en matière d'investissement au Togo, l'application des nouvelles lois ne pourra se faire sans difficulté. En effet, il est fréquent que les contrats de commande publique soient source d'investissements pour le partenaire privé. Il s'agit d'une particularité de la plupart des pays africains dans lesquels les infrastructures publiques se construisent sur financement et investissement privés. De plus, le rapprochement des définitions données par les textes permet de préciser cette analyse. D'une part, le marché public est « *un contrat écrit, sur support papier ou électronique, conclu par une ou plusieurs autorités contractantes avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix* ». Quant au contrat de partenariat public-privé, il est un contrat administratif, écrit, conclu à titre onéreux par lequel une autorité contractante confie à un ou plusieurs opérateurs économiques, pour une durée déterminée, une mission globale ayant pour objet de manière cumulative ou alternative un certain nombre d'opérations telles que la gestion ou l'exploitation d'un service public, d'un service d'intérêt général, d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments³². D'autre part, la loi 2019-05 du 17 juin 2019 portant code des investissements au Togo définit l'investissement comme « *la mobilisation de capitaux pour l'acquisition de biens mobiliers, immobiliers, matériels et immatériels rendus nécessaires à l'occasion de la création d'entreprise nouvelle*

³² Article 2 de la loi n°2021-034 relative aux contrats de partenariat public-privé.

ou dans le cadre d'un programme d'extension d'une entreprise existante ». Il s'en infère que pour exécuter un contrat de commande publique, le partenaire privé peut se retrouver dans la position de l'investisseur. Ainsi, l'exécution des contrats de commande publique tels qu'ils sont prévus par les nouvelles lois togolaises peut engendrer des investissements. Il se pose alors la question de savoir si l'investisseur, malgré les restrictions édictées par ces nouvelles lois, peut attirer l'État togolais devant les juridictions arbitrales prévues par le code des investissements. Une réponse positive s'impose dans une certaine mesure. Le cas à redouter est celui de l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), fréquemment choisi par les investisseurs étrangers. En effet, Le CIRDI, institution spécialisée dans le règlement des litiges entre États et investisseurs a été créé par la Convention de Washington du 18 mars 1965. Le Togo a procédé à la signature de cette Convention le 24 janvier 1966 et a déposé les instruments de ratification le 11 août 1967³³. La signature et la ratification de cette convention par le Togo emportent une adhésion au mécanisme de règlement des différends par l'arbitrage prévu par le CIRDI. C'est le cas de nombreux pays africains, pour lesquels l'investissement étranger est un moteur de développement. À ce titre, et selon le Professeur Dorothé SOSSA « *L'intérêt de cette institution, la plus importante à ce jour pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux, pour les pays en développement en général et, en particulier pour les États africains, réside dans le fait qu'elle est en principe, de nature à favoriser des flux d'investissements en leur direction dans la mesure où la possibilité de disposer d'un forum, indépendant de l'État d'accueil, pour traiter des litiges éventuels a toujours représenté aux yeux des investisseurs une garantie majeure* »³⁴.

Il convient de souligner que l'article 25 de la Convention a prévu en ces termes les dispositions constituant le fondement de la compétence du CIRDI : « *la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elle ne peut le retirer unilatéralement* ».

³³ <https://icsid.worldbank.org/fr/a-propos/etats-membres/base-de-donnees-concernant-les-etats-membres-du-cirdi>

³⁴ D. SOSSA, « La participation des États africains à l'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », in *Revue camerounaise de l'arbitrage*, Actes du colloque des 14 et 15 janvier 2008, page 66.

Les conditions de la compétence du CIRDI peuvent donc se résumer en quatre points à savoir: l'existence d'un différend d'ordre juridique, la relation directe avec un investissement, un consentement écrit et des parties litigantes devant être un État contractant et un ressortissant d'un autre État contractant. Le Togo étant un État signataire de la Convention, tout investisseur étranger dont le pays d'origine est signataire de la convention peut attirer le Togo en arbitrage devant le CIRDI lorsque les autres conditions prévues à l'article 25 de la Convention sont remplies. Pour répondre à la question de savoir si l'investisseur, malgré les restrictions édictées par ces nouvelles lois peut attirer l'État togolais devant le CIRDI, nous évoquerons l'hypothèse dans laquelle, l'investisseur étranger choisira d'attirer l'État en arbitrage non pas sur le fondement d'une clause d'arbitrage contenue dans le contrat de commande publique, mais sur le fondement du code des investissements du Togo.

En effet, en prévoyant à l'article 7 du code des investissements la possibilité d'un recours en arbitrage CIRDI pour les litiges d'investissement, l'État togolais a fait d'avance une offre d'arbitrage permanente à tout investisseur qui l'accepte en introduisant sa demande d'arbitrage. C'est la technique de l'arbitrage « *sur consentement dissocié* » ou « *without privity* »³⁵. Dans ce cas, l'État togolais ne pourra se prévaloir utilement de ses lois internes pour décliner la compétence du tribunal arbitral. Le règlement du litige par un arbitrage CIRDI se fera donc avec ou sans l'État. Certes, le législateur togolais a prévu pour les marchés publics, l'exception en ce qui concerne les « *obligations spécifiées dans les conventions de financement extérieur* ». Toutefois, le champ d'application de l'arbitrage sur consentement dissocié est plus large et s'étend aux cas dans lesquels aucune clause d'arbitrage n'est prévue dans la convention de financement.

En définitive, c'est l'efficacité même des restrictions édictées par les nouvelles lois qu'il faut interroger d'autant plus qu'elles sont contraires aux textes de l'OHADA relatif à l'arbitrage.

B – La contrariété des nouvelles lois togolaises aux textes de l'OHADA

L'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) du 11 mars 1999 semblait avoir réglé la question de la réticence à l'insertion des clauses d'arbitrage dans les contrats conclus par les personnes morales de droit public. L'article 2 alinéa 2 de l'AUA avait déjà

³⁵ J. PAULSSON, « Arbitration without privity », *ICSID Review*, 1995, vol.10, n°2, pp 232 - 257.

prévu en 1999 que « *Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* ». Il s'agissait là d'une conception moderne de l'arbitrage, saluée unanimement par la doctrine ³⁶ dans la mesure où il était plutôt attendu des États de l'OHADA de s'aligner sur le droit français, droit de référence de la majorité d'entre eux.

Au Togo, nous rappelons que le décret n°2009 - 277 /PR portant Code des marchés publics et délégations de service public du TOGO, en application de la Loi n° 2009- 013 relative aux marchés publics et délégations de service public avait intégré l'arbitrage comme mode de règlement des litiges. En harmonie avec les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, le recours à l'arbitrage était donc prévu au Togo en 2009 pour les litiges découlant des contrats de la commande publique. Il était donc prévisible que cette tendance libérale en faveur de l'arbitrage dans les marchés publics au Togo se renforce après l'entrée en vigueur du nouvel Acte uniforme relatif à l'arbitrage du 23 novembre 2017, dont l'article 2 alinéa 2.

La surprise est donc réelle à la lecture des nouvelles lois sur la commande publique. C'est donc un retour vers le passé que ces deux nouvelles lois ont consacré, et ce, sans tenir compte du principe de la parfaite égalité entre les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé instauré par l'AUA en ce qui concerne l'accès à la justice arbitrale. Cette parfaite égalité se déduit de la lecture combinée des articles 21 du Traité OHADA qui dispose que « *toute partie à un contrat peut soumettre un litige à l'arbitrage* », de l'article 4 de l'AUA qui instaure l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à tout droit étatique et surtout de l'article 2 alinéa 2 de l'AUA qui a posé le principe de la participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage. En cela, nous soulignons que si l'interdiction de soumettre les litiges relatifs aux marchés publics à l'arbitrage n'est pas absolue, la question de la contrariété de cette loi au droit OHADA est réelle.

Certes, la loi ne s'est pas prononcée explicitement sur la capacité des personnes morales de droit public à compromettre. Toutefois, en filigrane de l'interdiction visant la matière des

³⁶ Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage dans l'OHADA », *International Law Forum du droit international*, volume 3, n°3, Août 2001, page 182 ; A. FENEON, « Historique de l'habilitation des personnes de droit public à compromettre dans l'espace OHADA », in *Revue camerounaise de l'arbitrage*, actes du colloque des 14 et 15 janvier 2008 ; D. SOSSA, « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », in *Revue camerounaise de l'arbitrage*, actes du colloque des 14 et 15 janvier 2008 ; J.-M. JACQUET, « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage international », in *Revue camerounaise de l'arbitrage*, actes du colloque des 14 et 15 janvier 2008 ; O. CUPERLIER, *art. préc.* Ohadata D-13-65.

marchés publics, c'est la liberté de recourir à l'arbitrage pour les personnes publiques qui est restreinte dans la mesure où pour le cocontractant, personne morale de droit privé, le recours à l'arbitrage est une évidence. La même analyse permet de relever que la nouvelle loi relative aux contrats de partenariat public-privé, en rendant inarbitrables les litiges découlant de certains contrats, restreint l'aptitude de la personne morale de droit public à compromettre, le partenaire privé étant libre de recourir à l'arbitrage. Or, à s'en tenir aux dispositions de l'article 2 alinéa 2 de l'AUA de 2017, les spécificités des contrats de marchés publics, des contrats de gestion ou de régie intéressée (même s'ils sont considérés comme des contrats administratifs) devraient être sans effet sur l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public. En effet, ce texte précise que ces dernières peuvent recourir à l'arbitrage, « *quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir évoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend* ». À ce titre, certains auteurs n'avaient pas hésité à affirmer que « *la nouvelle rédaction du texte (article 2 alinéa 2 de l'AUA) permet de soutenir qu'il importe peu que le contrat en cause dans le contentieux impliquant la personne morale de droit public soit de droit privé ou de droit public* ».³⁷ Dans la même logique et de manière plus précise, un auteur a pu soutenir que « *le nouveau droit ouest africain des marchés publics prévoit une procédure d'arbitrage dans le cadre des litiges relatifs aux marchés publics...c'est l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA qui consacre cette procédure* »³⁸.

L'unanimité semblait donc être acquise sur le sujet. Les nouvelles lois togolaises par leur contrariété à la loi d'arbitrage de l'espace communautaire dénotent une véritable prise de risque par le législateur togolais en raison du principe de primauté des Actes uniformes sur les lois internes. En effet, le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique dispose clairement en son article 10 que « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». Une telle audace vis-à-vis du droit communautaire OHADA pourrait s'expliquer par une inspiration venant du droit français. En effet, à l'inverse du droit OHADA, le principe retenu en France est la prohibition de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public surtout en ce qui concerne les contrats administratifs. Toutefois, les nombreuses dérogations à l'interdiction figurant à l'article 2060 du Code civil et les hésitations de la jurisprudence française³⁹ ont, selon la doctrine française, rendu le droit français

³⁷ N. AKA, A. FENEON et J.-M. TCHAKOUA, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, L.G.D.J, pp.33 - 34.

³⁸ B. DRAME, *op. cit.*, l'Harmattan, page 349.

³⁹ Sur l'ensemble de la question, voir : Civ. 1^{ère}, 14 juin 1964, Office nationale Interprofessionnel des Céréales c/ Capitaine du S/S San Carlo ; Civ. 1^{ère}, 2 mai 1966, n°61-12.255, Trésor public c/Galakis ; T. confl., 17 mai 2010,

passablement confus sur le sujet⁴⁰. En tout état de cause, les restrictions prévues par les nouvelles lois togolaises résisteront difficilement au réalisme du monde des affaires.

Il est certain que les investisseurs, futurs partenaires de l'État dans les contrats de commande publique préféreront le recours à l'arbitrage. C'est peut-être ce réalisme qui a contraint le législateur togolais à prévoir à côté du principe de la prohibition de l'arbitrage dans les marchés publics, l'exception en ce qui concerne les « *obligations spécifiées dans les conventions de financement extérieur* ». Cette exception nous semble toutefois insuffisante eu égard à sa portée. Une mise en conformité de ces nouvelles lois avec les dispositions pertinentes du Traité OHADA et de l'AUA est donc souhaitable.

n°C3754, Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM)/ Fondation Letten F. Saugstad cités par I. FADLALLAH & D. HASCHER, Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial, Dalloz, coll. « Grands Arrêts », 2019, pp. 53 à 57.

⁴⁰ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2^e éd., oct. 2019, n°93, p. 121.